

**BORRADOR DE APORATACIONES AL REGLAMENTO DE EXTRANJERIA
(Notas urgentes).**

Subcomisión de Extranjería CGAE

Principios generales:

- **Ámbito de aplicación general** Inclusión y exclusiones
- **De tipo específico.** Recoger el mandato de establecimiento de condiciones especiales más favorables respecto de las previstas en la ley para las familias de los españoles, para luego trasladarlo a la regulación específica de reagrupación familiar ejercida por los españoles (DA 2ª.LO 2/2009)
- **De derechos**
 - A la documentación (art 4)
 - No procede la privación de documentación en el procedimiento ordinario
 - **A la educación:** Debe de garantizarse no solo la educación obligatoria, sino el derecho y deber a todos los menores de 18 años (aun la no obligatoria) con el derecho de cursar y obtener certificados y títulos

Reagrupación Familiar

17.1.d) Ascendientes.

- Entendemos que la exigencia de una edad mínima del ascendiente para reagrupación, no responde a ninguna justificación objetiva y razonable, y produce efectos desproporcionados que no se orientan claramente a una finalidad que no sea la mera restricción de las posibilidades de reagrupación en supuestos que son equiparables desde la finalidad de la norma.

Si con la inclusión de esta exigencia de lo que se trataba era de adecuar la regulación a la capacidad de acogida y al mercado de trabajo, como así se ha argumentado en ocasiones como justificación de la misma, ésta ya habría quedado salvada con la supresión del anterior art 19,3 desapareciendo la posibilidad de que los ascendientes reagrupados pudieran obtener una

autorización de residencia independiente cuando obtuvieran una autorización para trabajar.

Esta exclusión de los menores de 65 años también podría entenderse como una opción política dirigida a restringir la entrada de personas en edad laboral en el mercado de trabajo, frente a la sobrecarga que puede suponer la incorporación de nuevos perceptores en edades cercanas a la jubilación.

- La ley contempla un mecanismo de exención de orden humanitario, para evitar resultados desproporcionados en determinadas ocasiones. Este mecanismo de exención, responde a un intento de dulcificar la nueva regulación, pero no ha resultado todo lo deseable que hubiera podido ser. El incluir en el articulado este nuevo concepto relativo a “cuando concurren razones de carácter humanitario”, vendría a paliar estas situaciones en que la exigencia de la ley podría dejar a los ascendientes completamente desasistidos y privados de su derecho a la vida en familia., abriendo así la posibilidad de que, en supuestos en los que exista un motivo humanitario relevante, pueda eximirse de tal condición de la mayoría de 65 años.

La regulación de los supuestos por tanto deberá realizarse con criterio de amplitud y no con ánimo de restringir el derecho a la reagrupación: En este sentido recordamos algunos supuestos que en reglamentaciones anteriores han tenido la consideración de motivos humanitarios:

- Extranjeros originarios o que proceden de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención de visa, o en la que haya acontecido un desastre natural de grandes magnitudes.
 - Extranjeros a los que se haya concedido la cédula de inscripción.
 - Extranjeros para los que el traslado a su país pueda implicar un peligro para su seguridad o la de su familia.
 - Extranjeros que carecen de vínculos personales en el país del que son originarios.
 - Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el regreso a su país.
- En cuanto a los requisitos de justificar la necesidad de “estar a cargo” así como de que “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su

residencia en España”, nos encontramos frente a dos conceptos jurídicos indeterminados que han dado lugar a una inseguridad jurídica manifiesta en el pasado y que han provocado la mayoría de las reclamaciones en vía judicial.

Sería deseable que ambos requisitos se pudieran establecer de manera alternativa, de manera que la dependencia económica fuera suficiente para permitir la reagrupación pero que pudiera también atenderse a otras circunstancias específicas como la enfermedad, el estado físico o el aislamiento del ascendiente de otras redes familiares o sociales, aun cuando no existiera dependencia en cuanto a los ingresos.

En el actual reglamento de extranjería 2393/2004 se preceptúa que los familiares **están a cargo** del reagrupante cuando éste acredite que al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. (Sentencia de 21 de Mayo 2009 Juzgado Contencioso Administrativo nº 5 de Barcelona y Sentencia de fecha 23 Junio 2009 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 6 de Barcelona)

Este concepto de “estar a cargo”, requiere la necesidad de que a los efectos de evitar la inseguridad jurídica que supone su falta de definición, se establezca reglamentariamente de forma extensa lo que debe entenderse por “estar a cargo”, paralelamente a otros conceptos indeterminados que existen en la Ley como es, la acreditación de la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal, o a la forma y cuantía de los medios económicos considerados suficientes para que los familiares reagrupados puedan obtener una autorización de residencia independiente.

También deberá concretarse claramente lo que debe entenderse como **“razones que justifican la necesidad de autorizar la residencia en España del ascendiente”** o bien ya se podría haber mitigado en el redactado de la nueva ley esta inconcreción del concepto, habiendo utilizando la expresión referida a los ascendientes contenida en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22/09/2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar cuando en su artículo 4.2.a) establece: “y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen”.

NO debemos olvidar que las modificaciones introducidas en la regulación de la reagrupación familiar deben analizarse teniendo a la vista la Directiva comunitaria 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, teniendo en cuenta que uno de los objetivos de dicha

Directiva es la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia.

Por ello, consideramos que hubiera sido más conveniente haber adoptado los términos utilizados por la propia Directiva, y condicionar la reagrupación de estos familiares a la falta “*del apoyo familiar adecuado en el país de origen*”, en lugar de exigir que “*existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España*”. Además, hubiera sido deseable que tal requisito se hubiera configurado como alternativo al de estar “*a cargo*” del reagrupante, de manera que la dependencia económica fuera suficiente para permitir la reagrupación, pudiéndose acudir a falta de ésta a otras circunstancias específicas, como el estado de salud del familiar.

- No podemos terminar sin hacer referencia a la remisión al régimen general que la regulación actual realiza respecto de la **reagrupación familiar de ascendientes extracomunitarios de nacionales españoles**, ya que la exigencia de la edad resultaría francamente discriminatoria en relación con los ascendientes igualmente Extracomunitarios de ciudadanos comunitarios que no encuentran regulada la citada limitación.

La redacción de la nueva Disposición adicional segunda, deja al desarrollo reglamentario la posibilidad de establecer condiciones especiales, pero ello no parece suficiente para garantizar ese derecho a la no discriminación. Incluimos en este apartado la referencia al contenido de la DA segunda, por la importancia que la misma tiene, al entender que es claramente discriminatoria.

Si entendemos que la LOEX es una norma que está dirigida a establecer la integración de los extranjeros en España, no puede ésta regular las relaciones familiares de los españoles, con independencia de la nacionalidad de sus miembros. La reforma era una buena oportunidad para zanjar definitivamente esta problemática, que por otra parte los Juzgados y Tribunales vienen ratificando como un Derecho de todo español a convivir con sus familiares. Dicha disposición debería haber sido íntegramente eliminada por ser inconstitucional en el sentido que una norma que está dirigida a establecer la integración de los extranjeros en España, no puede regular las relaciones familiares de los españoles, con independencia de la nacionalidad de sus miembros, por mucha remisión reglamentaria que se haga a los efectos de establecer “condiciones especiales” . **(Vid. comentario a la D.A. 2ª)**

ART.17. 5. Reglamentariamente, se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar, a estos efectos, la relación de afectividad análoga a la conyugal.

La más importante modificación consiste en añadir al anterior redactado de la ley, la expresión “así como para acreditar la relación de afectividad análoga a la conyugal” en consonancia con la inclusión del nuevo supuesto de familiar reagrupable.

Habida cuenta las controversias judiciales que se plantearon con la regulación de similar disposición en el RD 240/2007 para los familiares de ciudadanos de la Unión, debe exigirse una regulación reglamentaria que no deje en papel mojado la regulación legal, pues daría lugar de nuevo al planteamiento de un importante número de recursos.

- **A la reagrupación familiar.**

Establecer condiciones especiales para los españoles y sus familias más beneficiosas (como ser presumir, ingresos, habitabilidad y dependencia y que no exista límite de edad en los ascendientes

En los procedimientos de reagrupación familiar y teniendo en cuenta la habilitación a trabajar del familiar reagrupado, en el momento de establecer reglamentariamente las cantidades necesarias para proceder a la reagrupación, deberá tenerse en cuenta la posibilidad (o no) del cónyuge o familiar a reagrupar a realizar también una actividad lucrativa y contribuir a la economía familiar)

B) La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso. Posible causa de inconstitucionalidad.

El texto definitivo de la LO 2/2009 mantiene la exigencia de constatación de la expresa voluntad de la persona extranjera de interponer el ulterior recurso contencioso administrativo.

En la redacción definitiva del precepto, a diferencia del contenido del texto del Proyecto de Ley, la constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso contencioso tiene un carácter más atemporal y **nada impide que la manifestación pueda constatarse ante el funcionario policial** (que goza de presunción de veracidad).

Ello permitiría que ya ejecutada la resolución administrativa, encontrándose el justiciable extranjero fuera de España, no tuviera que desplazarse a la misión diplomática u oficina consular del país en el que se encuentre (si existe) a formalizar este “trámite”, ya que constaría acreditado en la manifestación formulada ante la Policía al inicio del procedimiento administrativo. Posibilidad prevista por el propio legislador al contemplar con la expresión “*en su caso*” que la manifestación de voluntad no es un requisito inexcusable a practicar ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.

Mayores interrogantes pueden surgir al interpretar el mandato legal establecido en el precepto de que “la voluntad de recurrir se formalizará de conformidad a lo previsto en la LEC”, ya que en este cuerpo legal no existe ningún precepto que regule el procedimiento a seguir para ratificar ante el órgano judicial el interés del justiciable para acceder a la jurisdicción.

En nuestro criterio el interés se deduce desde el momento en que el justiciable solicitó asistencia letrada para recurrir una propuesta o una resolución desfavorable, no habiendo decaído en fase administrativa esta situación desfavorable, por tanto, es más que manifiesta la voluntad del extranjero de ejercitar todas las acciones posibles (administrativas o judiciales) para obtener una resolución acorde con sus intereses.

La previsión contenida en este precepto parecería intentar resolver un problema práctico recurrente en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, y especialmente, el que se produce cuando al extranjero se le deniega la entrada en los puestos fronterizos, y el letrado designado inicialmente, al amparo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, viene muy a menudo a mantener la representación del ciudadano extranjero, continuando adelante en el ejercicio de

las pretensiones en todas las instancias, sin que el interesado, que en la mayoría de los casos se encuentra fuera del territorio nacional, tenga conocimiento de ello ni, en consecuencia, haya manifestado su voluntad de ejercicio de las correspondientes acciones, ni pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce como parte, dando lugar a una efectiva lesión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, al no haberse distinguido entre el supuesto de mera denegación de entrada de procedimientos sancionadores de devolución y expulsión que conllevan no solo el alejamiento del territorio, sino también la prohibición de entrada la situación del derecho a la asistencia jurídica gratuita se ve limitado hasta extremos altamente restrictivos que en ocasiones provocan la indefensión del expedientado enfrentado a procedimientos sancionadores administrativos de altas consecuencias gravosas.

Con el fin de garantizar adecuadamente el cumplimiento del requisito de postulación, evitando que el extranjero pueda ver cerrado su acceso a la jurisdicción, la modificación introducida exige a éste la formulación expresa su voluntad de interponer el recurso contencioso administrativo, que ya no se sobreentiende por el hecho de haber instado la solicitud de justicia gratuita y por consiguiente de la defensa de oficio y representación gratuita de una nueva solicitud de asistencia jurídica gratuita. Ello implica la aplicación los extranjeros de un tratamiento diferenciado, y más gravoso, que a los nacionales, en el procedimiento de reconocimiento de este derecho en la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita dispone que el reconocimiento del derecho se extiende, en el transcurso de una misma instancia, a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución, y se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de recursos contra aquellas resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia. La Ley no exige, por tanto, ni una nueva solicitud ni, en consecuencia, una nueva valoración de las circunstancias económicas del beneficiario, ni tampoco la nueva manifestación expresa de voluntad, por lo que el trámite introducido en el precepto que se examina, supone la exigencia al extranjero de requisitos no aplicables a los nacionales en la citada Ley.

Si bien cabría una interpretación favorable del precepto examinado, partiendo de la consideración de que dicha exigencia opera en favor del afectado, en cuanto su finalidad no es otra que la de actuar como garantía del adecuado ejercicio por los extranjeros –especialmente en el supuesto de que carezcan de domicilio en España-, de los derechos que se integran en el ámbito de la tutela judicial efectiva, no puede ignorarse el hecho de que, en la medida en que se introduce para éstos

una condición diferente o más gravosa que la exigida a los nacionales, se pone en cuestión el principio de igualdad de condiciones con los nacionales, en el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, principio que ha sido reiteradamente señalado por la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 95/2003 y 236/2007).

Por consiguiente por vía reglamentaria se trataría de aclarar:

A la solicitud de justicia gratuita se adjuntará el acta de manifestaciones efectuado por el expedientado ante el órgano policial en el que se hará constar su voluntad expresa de recurrir la resolución.

○ **A la tutela judicial.**

En los casos que el extranjero este sujeto a un procedimiento de denegación de entrada expulsión, devolución, retorno o sujeto a procedimiento de protección internacional, tendrá garantizada la asistencia letrada y la defensa en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, y se le nombrará de oficio, en el caso de reunir los requisitos de justicia gratuita

Para que conste la voluntad expresa de interponer recursos administrativos y recursos contencioso administrativos y el extranjero se encuentra privado de libertad, la manifestación de voluntad efectuada ante el funcionario policial, en el caso de detención administrativa, policial o en el CIE, penitenciario, en el caso de estar en Centro Penitenciario, se realizara delante del letrado que le asiste, y esa manifestación conllevara el apoderamiento expreso a dicho profesional, que le habilitará para que en su nombre y representación, le defienda y represente al justiciable en cualquier recurso y ante cualquier órgano, administrativo o jurisdiccional, o en su caso para que designe o solicite otro representante, de conformidad con el art 6 de la Ley de Justicia Gratuita

○ **PROCEDIMIENTOS-NECESIDAD DE REGULACION ESPECIFICA.** Marcelo Belgrano

- A) Denegación de entrada, con todos y cada uno de los pasos que prevé la Ley de Procedimiento administrativo (Inicio, propuesta, traslado, resolución)
- B) Garantizar la efectiva asistencia –y defensa letrada- en tanto privados de libertad ambulatoria hasta que se produce su devolución.

C) Derecho a comunicar con el letrado designado o el asignado

RESIDENCIA Y TRABAJO

“Artículo 31. Situación de residencia temporal.

3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia **u otras circunstancias excepcionales** que se determinen **reglamentariamente**.

“Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo.

1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La **autorización de trabajo** se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en **otros supuestos excepcionales** que se determinen **reglamentariamente**.

Tratamiento de la irregularidad.

El tratamiento de las situaciones de irregularidad debe ser uno de los puntos centrales de la política migratoria en los próximos años en la perspectiva del mayor peso que en estos momentos deben tener las medida integradoras.

Por ello, y en primer lugar hay que abordar la situación de la personas que ya se encuentran en territorio español con perspectiva integradora.

En este sentido se podría estudiar la concreción para España de una situación similar a la “**Duldung**” alemana (**tolerancia**).

La “**Duldung**” — recordamos no es ni es título de residencia, sino de mera tolerancia que se concede a aquellos extranjeros cuya expulsión deviene de imposible ejecución por causa no imputable al extranjero y por tanto debe permanecer en territorio alemán —. El nuevo art.1 §25.5 AufenthG, habla del deber de conceder un permiso de residencia a aquellas personas que estén en posesión de una “**Duldung**” desde hace 18 meses, lo que ha dado paso a ciertas expectativas, ya que puede ser una vía de normalización, siempre y cuando la causas que dan lugar al retraso de la expulsión y por tanto de la concesión de la “**Duldung**” no sean achacables al extranjero.

Es cierto que al parecer ese plazo de 18 meses ha sido ampliado a 6 años para los tolerados con hijos y 8 años para los demás y siempre supeditado la existencia de

contrato. En Alemania el tiempo de “tolerancia” permite el acceso a prestaciones y subsidios sociales. Los “tolerados” mayores o enfermos podrían permanecer en Alemania únicamente si alguien asume los gastos. Los menores escolarizados podrían obtener un permiso de estancia.

Algunas propuestas:

- 1) Posibilidad de **estatuto de tolerado** en casos de imposibilidad de materialización de expulsión; suspensión de salida obligatoria por resolución judicial y otros supuestos similares..
- 2) Estatuto de tolerado tras 18 meses de permanencia en España.

En estos casos posibilidad de acceder a una actividad laboral, estudiando la posibilidad de alta en seguridad social en régimen de asimilado al alta y con cotizaciones y prestaciones limitadas

- 3) Arraigo, dos años de permanencia o antes si concurren circunstancias excepcionales (aplicar criterios anteriores para la concesión de la exención de visado).
- 4) Contemplar reglamentariamente la posibilidad de aportar un contrato de empleo doméstico para varios empleadores. La nueva regulación de Tasas contempla esta posibilidad. Con ello lograríamos abrir la vía laboral para un buen número de personas.

RESIDENCIA Y TRABAJO.

- Establecer en forma genérica que después de la primer residencia, todas las siguientes (aunque no se traten de la misma especie) todas las demás son consideradas renovaciones de las mismas, incluidas las de investigadores, y las de larga duración

- Separar claramente las autorizaciones de trabajo

- de las autorizaciones para trabajar

- de las autorizaciones de residencia no laborales

- y las concedidas por razones excepcionales, primando la excepcionalidad de la residencia sobre los aspectos laborales, tanto en requisitos, como tipo de residencia (arraigo, humanitario, de colaboración u otras razones excepcionales)

- Especificar que las residencias excepcionales el solicitante y el beneficiario es el propio extranjero (y no el empresario empleador), por lo que a aquel no se le deben de exigir cargas o gravámenes que son propios de los empleados
- Expresar que todas las residencias excepcionales conllevan autorización de trabajo durante el primer año,
- La excepcionales, a su vencimiento, si bien en algunas es preciso verificar la continuidad de la excepcionalidad (violencia de género, o razones humanitarias) en caso de no ser así necesario, entran en el régimen general de las renovaciones
- En renovaciones, dotar de contenido los informes de las CCAA, y los mismos quedarán, en su caso como complementarios, cuando tiene como elemento principal, el trabajo, siendo valorados cuando no exista el contrato de trabajo en las renovaciones, o cuando no existe el mínimo de trabajo en la primer concesión

- En las renovaciones, y dependiendo a la que se accede, establecer, en lo que respecta a la existencia de anotaciones desfavorables (antecedentes penales) una debida ponderación teniendo todas y cada una de las circunstancias del extranjero, sus obligaciones y su familia y trabajo, pudiendo establecer algún tipo de tabla respecto a la gravedad o no de los delitos cometidos
- Establecer un régimen especial para aquellos extranjeros que, habiendo cumplido condena y haber gozado de autorizaciones de trabajo (antes o durante su tercer grado) y estando objetivamente reinsertados, y poseyendo arraigo suficiente familiar o laboral, cumplen determinadas condiciones para recuperar u obtener su residencia
- Establecer un sistema de alta de oficio, en caso de desaparición (o negativa al alta) del empleador o, que, habiendo ofertado un trabajo a un extranjero, el mismo ingresa al país, y no media desistimiento del empleador de la oferta realizada. Dicha alta habilitará al extranjero para luego, solicitar modificación de actividad o de empleador
- Igual modo para el empleador empresa cerrada, liquidada, o empleador –físico- fallecido antes del alta, para facilitar el ingreso al mercado de trabajo a aquel extranjero que ya ingresó al país merced a una autorización de trabajo y visado y que no puede acceder al mercado laboral
- No hacer depender las autorizaciones de residencia excepcionales a las altas laborales
- En caso de preferencias, señalar específicamente nacionalidades, que por Convenios (o otras razones) se tendrá en cuenta en las preferencias o por reciprocidad
- En cuenta propia establecer diferentes sectores
 - a) Inversores
 - b) Empresarios
 - c) Profesionales
 - d) Autempleados
 - e) Autónomos

Y separar según esos rangos, diferentes requisitos, y dejar control a las CCAA de esos requisitos y en función de la realidad de cada territorio

Cuenta ajena

- Establecer criterios reales, ágiles y cercanos a la realidad los procedimientos de búsqueda de empleo y de las gestiones ante los ERVICIOS Públicos de Empleo
- Adecuar el CON a las ocupaciones de difícil cobertura y no siempre por actividad

CONSIDERACIONES PARA LA REDACCION DEL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA EN RELACIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES:

Iª. RESPECTO AL PROCEDIMIENTO PREFERENTE

1º.- La multa, sanción principal

Dado que el procedimiento preferente va a estar ligado a un resultado final de expulsión, tanto es así que en muchos textos se le llamará directamente y con acierto procedimiento preferente de expulsión, el nuevo texto legal parece querer relegar -- otra cosa distinta será que lo consiga por los motivos que veremos -- este procedimiento al marco de lo excepcional. Ello sería coherente con lo que establece el artículo 57. 1, cuando dice *“podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español...”*. Lo que tanto en su redacción anterior, que no hacía referencia al principio de proporcionalidad expresamente, como el actual, ha sido comentado y considerado por el TS, en su consolidada jurisprudencia sobre expulsiones, al señalar que **la sanción principal del sistema es la multa, y la subsidiaria, es decir reservada para casos especialmente agravados, la expulsión.**

2º.- La doble alegación

a) La LO 8/2000. Al amparo de la ley 8/00 sin embargo sí se introdujo, en su reglamento correspondiente, una reforma de cierto calado en este procedimiento que introducía una garantía que no aparece en el procedimiento administrativo general sancionador, y era la obligatoriedad de proceder a trámite de audiencia, por el mero hecho de que se hubieran presentado alegaciones contra la incoación del procedimiento¹.

¹ EL RD 864/2001, en su artículo 110.4 establecía: “Si el interesado formulase alegaciones y realizara proposición de prueba dentro del plazo establecido, por el órgano instructor se valorará la pertinencia o no de la misma. El Instructor, cuando la prueba propuesta fuere innecesaria o improcedente podrá rechazar de forma motivada la práctica de la misma en la propuesta de resolución que se notificará al interesado dándole trámite de audiencia en el que se le concederá un plazo de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo, se procederá a elevar el expediente administrativo, junto con la propuesta de resolución a la autoridad competente para resolver.”

Esta peculiaridad dista mucho de ser un mero detalle formal. Los que hemos sufrido la responsabilidad de articular una defensa contra una sanción tan grave como es la expulsión en un plazo tan exiguo como el de 48 horas que establece este procedimiento no sólo agradecemos enormemente el saber que íbamos a tener una segunda oportunidad para ampliar esas primeras alegaciones, sino sobre todo para añadir documentación imposible de tramitar en tan corto plazo, documentación que a la postre sería trascendental al resultado del expediente (hablamos de documentos tales como certificados de registro civil que demuestren vínculos familiares, documentación económica que demuestren medios de vida, o la mera recopilación de documentos ya existentes, que se hace imposible en tan exiguo plazo), sino que esa “segunda oportunidad” de alegaciones venía a paliar de alguna manera lo atropellado de este expediente.

b) La LO 14/2003. Pues bien, está única garantía adicional del procedimiento, vino a ser eliminada con la reforma de la LO 14/2003, quien bajo capa de asimilar el procedimiento al procedimiento administrativo sancionador general, dejó al albur del instructor la decisión de proceder a ese segundo trámite de audiencia y alegaciones que tan útil resultaba, bajo la fórmula manida de “*o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias*”. Texto que como vemos no ha sido modificado en la presente reforma.

Frente a esta redacción dada por la ley del 2003 se opuso por parte del grupo socialista una fórmula por parte de las enmiendas de la oposición en el trámite parlamentario que pretendían salvar la esencia de este procedimiento, si bien adecuándolo a plazos mucho más razonables. La propuesta era la de que los plazos para presentar alegaciones no fueran de 48 horas (que como veremos se convierten en ordinarias al estar formuladas en horas) sino de cinco días hábiles. El razonamiento que sustentaba al plazo es que éste viene a ser la mitad de la mitad del procedimiento ordinario que establece las alegaciones en 15 días.

El texto final hizo caso omiso a esta propuesta, e incluso introdujo el endurecimiento antes comentado de que no hubiera prácticamente nunca trámite de audiencia. Pero de nuevo nos encontramos con que los distintos avatares políticos tienen una gran influencia en la normativa de extranjería, y así, no fue un gobierno popular, cuya mayoría absoluta había redactado la ley del 2003, sino que fue un gobierno socialista salido de las urnas del año 2004 el que tuvo que redactar el reglamento que adecuara la realidad a esta nueva ley.

c) El Rgto. 2393/2004. Con saludable buena intención el redactor reglamentario intentó moderar en lo posible, dentro de los estrechos márgenes que había configurado la redacción del año 2003, y reintrodujo por vía reglamentaria en el artículo 131.4 del RD 2393/04 la obligación para el instructor de proceder a un trámite de audiencia, y por tanto a una segunda oportunidad de presentación de

alegaciones, documentación y prueba, para el caso en que, no sólo se presentarán alegaciones frente a la incoación del expediente -- que podían ser consideradas improcedentes por el instructor -- sino que además en esas alegaciones se propusiera la práctica de alguna prueba. La eventual desestimación de esa prueba o su práctica recuperaba la obligatoriedad para el instructor de proceder al trámite de audiencia².

Lamentablemente, esta regulación -- quizás por la escasa fuerza de un reglamento, quizá por falta de explicación suficiente, quizá por inercia administrativa, quizá por abuso, quizá por mala fe -- tuvo muy poco éxito en la práctica, y sólo algunos instructores especialmente ilustrados la pusieron en práctica, siendo además muy mal acotado este incumplimiento flagrante del reglamento por la jurisprudencia, bajo la conocida consideración de que los incumplimientos formales no anulan el expediente salvo que produzcan indefensión.

d) La LO 2/2009. Quizás por ésta inercia o por malentendidas necesidades operativas, el proyecto de ley no incorporó ni aquella propuesta de moderar el expediente alargando los plazos a cinco días que el propio Partido Socialista había defendido en el parlamento pocos años antes, ni está regulación moderadora, que dada la experiencia debería haber sido incorporada a la ley. El actual texto parece anunciar que el reglamento mantendrá la diferenciación entre alegaciones simples y alegaciones con petición de prueba, quizás para mantener las diferentes consecuencias, pero deja abierta claramente la posibilidad de que la prueba sea desestimada por el instructor por considerarla improcedente o innecesaria, pasando automáticamente a considerar la incoación como propuesta, y eliminando por tanto en la práctica el segundo trámite de alegaciones.

Por consiguiente, entendemos oportuno que el reglamento aclare esta cuestión manteniendo expresamente el trámite de segundas alegaciones

² Texto actual del 131.4 del RD 2393/04, que mantiene la obligatoriedad de trámite de audiencia si se propone prueba, pese a la modificación del la LO 14/2003: "Si el interesado o su representante formularan alegaciones y realizaran proposición de prueba dentro del plazo establecido, el órgano instructor valorará la pertinencia o no de aquélla.

Si no se admitiesen las pruebas propuestas, por improcedentes o innecesarias, se le notificará al interesado de forma motivada y se le dará trámite de audiencia, conforme a lo previsto en el párrafo siguiente. En este supuesto, el acuerdo de iniciación del expediente, sin cambiar la calificación de los hechos, será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver."

IIª.- PROBLEMAS INTERPRETATIVOS O DE MOTIVACIÓN ADJETIVA Y MATERIAL DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE, QUE SE MANTIENEN CON LA ACTUAL REDACCIÓN, O QUE INCLUSO SE ACENTÚAN, A SALVO DEL FUTURO DESARROLLO REGLAMENTARIO.

1º.- La elección de procedimiento.

Ya la anterior redacción de la ley planteaba serios problemas interpretativos a la hora de afrontar el momento de decisión -- enormemente trascendental no sólo en lo adjetivo sino en la decisión final de una u otra sanción -- de adoptar un procedimiento u otro ante un caso de supuesta infracción de la norma.

El problema fundamental que se plantea en esta decisión es que la misma depende de una consideración de probabilidad o de posibilidad sobre el resultado final del expediente, consideración que por lógica debería estar fuera del ámbito de decisión del instructor, puesto que depende del órgano que resuelva. Dicho de otra manera, se está diciendo no sólo que una decisión adjetiva o procedimental depende de consideraciones de índole material, sino que además éstas deben preconfigurar o predecir un resultado final. Por utilizar una expresión castiza, eso supone "poner el carro delante de los bueyes".

Se supone que el instructor tiene que instruir, es decir, recopilar elementos de prueba que permitan al órgano superior resolver en consecuencia sobre qué decisión tomar, y no dar por hecha esa decisión ya a la hora de decidir uno u otro procedimiento.

Se podrá aducir en contra que, por analogía del procedimiento penal, el juez instructor toma decisiones sobre qué tipo de proceso debe seguirse, según la gravedad del delito que se instruya, pero debe verse que la decisión que adopta el juez instructor en estos casos tiene siempre una trascendencia de mayor garantía, nunca de minoración de éstas. La decisión de un juez instructor por un procedimiento abreviado en lugar de por un sumario puede tener consecuencias en una menor pena, y la decisión alternativa de un procedimiento sumario en lugar de un abreviado, aumenta las garantías formales.

Sin embargo en este caso, la decisión del instructor de emprender el procedimiento preferente por la previsión de una sanción mayor lleva como consecuencia una reducción radical de las garantías formales, y como elemento constitutivo, la posibilidad de que el resultado final sea la sanción máxima del sistema.

2º.- La previsión reglamentaria (RD 2393/2004)

El RD 2393/04 intentaba resolver estas contradicciones por la vía de imponer como obligatoria la tramitación del procedimiento preferente en los casos en que se formulará la acusación por determinadas infracciones, y nos referimos por supuesto principalmente a la infracción de estancia irregular prevista en el artículo 53.1. a).

Así, el **Artículo 130**. *Supuestos en que procede el procedimiento preferente*. Establecía que:

“La tramitación de los expedientes de expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en los párrafos a) y b) del art. 54.1, así como en los párrafos a), d) y f) del art. 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.”

Con ello la autoridad gubernativa interpretó que no cabía elegir otra cosa que la expulsión en los casos de estancia irregular.

Sin embargo, la Sentencia de 9 de enero de 2007 de la Sección Tercera del Tribunal Supremo, en respuesta a la impugnación de este precepto como contradictorio con las posibilidades de sancionar con multa la mera estancia irregular, estableció que no podía interpretarse de esa manera el precepto reglamentario, y que el seguimiento del procedimiento preferente no obligaba de ninguna manera a que se resolviera con expulsión³.

El problema se venía así a resolver de una manera muy insatisfactoria: ante una estancia irregular había que instruir la mediante un procedimiento preferente que está pensado para expulsiones (la posible privación de libertad, la adopción de otras medidas cautelares, la ejecutividad inmediata...), pero sin que ello quisiera decir que el resultado final va a ser una expulsión. Veremos si la solución que intenta dar la nueva redacción legal puede ser correcta desde este punto de vista y cómo.

3º.- El nuevo texto legal tras la reforma operada por la LO 2/2009. Problemática de los supuestos de aplicación del procedimiento preferente. Análisis de los supuestos.

³ Sentencia 9 de enero de 2007 de la Sección Tercera del Tribunal Supremo, fundamento Vigésimo: “...que la tramitación del procedimiento por los motivos tasados que establece la Ley se lleve a cabo por el procedimiento preferente no supone que necesariamente ese procedimiento vaya a concluir con la inexorable expulsión de la persona sujeto a él, y ello porque en ese procedimiento se respetan los trámites esenciales y las garantías constitucionales, de modo que el extranjero a él sujeto posee todos los medios de defensa a su alcance y el resultado del procedimiento será el que en Derecho proceda.”

La pretendida solución al problema que va a dar el nuevo texto legal deja las cosas más claras, sobre todo para el instructor del expediente, en determinados supuestos y sentido, e introduce nuevas decisiones que, salvo que tengan apoyatura, como veremos, en otras que corresponderán a un Juez, van a ser no poco problemáticas.

En primer lugar, se aclara, en consonancia con la citada jurisprudencia, que la decisión sobre uno u otro procedimiento no se basa en que *"de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión"*, sino en que *"pueda proponerse"* ésta. Es decir, queda claro que incoar el procedimiento por la vía preferente no obliga de ninguna manera, ni a nadie, a resolver el mismo con la expulsión, es decir, no predetermina el fallo final, ni se basa en una deducción previa del resultado final, sino que simplemente se aplica un parámetro objetivo de que a determinada acusación corresponde un determinado procedimiento⁴.

Debemos hacer alusión antes de entrar a analizar qué supuestos concretos permiten la aplicación del procedimiento preferente, lo dicho por el TC en su Sentencia 236/2007 de 7 de noviembre, en la cual, sin que se hubiera planteado el tema por el Parlamento de Navarra, el cual recurrió de inconstitucionalidad el propio procedimiento preferente en su configuración fundamental, entró a analizar, si bien someramente, la posible impugnación de este procedimiento *en relación a los supuestos a los cuales se aplica*:

*"El examen de este motivo inconstitucionalidad debe ceñirse a la pretendida vulneración del art. 24 CE basada en la indefensión que causaría la brevedad del plazo para alegaciones establecido en el precepto impugnado. Éste regula un procedimiento preferente de expulsión de los extranjeros en determinados supuestos previstos en el art. 63.1 de la Ley, ninguno de los cuales es cuestionado por la parte recurrente, como precisa el Abogado del Estado. En todo caso, **el examen de los mismos justifica la celeridad del proceso por tratarse de causas de fácil apreciación o bien de especial gravedad**: participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado [art. 54.1 a)], actividades de promoción de inmigración clandestina [art. 54.1 b)], encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducadas las pertinentes autorizaciones, sin haber solicitado la renovación [art. 53 a)], incumplir las medidas impuestas por razones de seguridad pública [art. 53 d)], o participar en actividades contrarias al*

⁴ Sigue siendo criticable que a mayor gravedad de la infracción y de la sanción posible se corresponda un procedimiento con menos garantías, pero tiene su fundamento en la Sentencia del TCO que justifica el procedimiento preferente en una especial gravedad de las conductas, como veremos a continuación.

orden público de carácter grave [art. 53 f)]. Todas ellas constituyen conductas tipificadas como infracciones graves (art. 53) o muy graves (art. 54), para las que la Ley prevé determinadas sanciones (art. 55), o en su lugar la expulsión del territorio español previa tramitación del correspondiente expediente administrativo (art. 57). En los mencionados supuestos, la tramitación de los expedientes de expulsión tendrá carácter “preferente” y la medida se puede decidir dando traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado para que alegue lo que estime oportuno en el plazo de cuarenta y ocho horas.

Pues bien, la regulación de este procedimiento no puede reputarse contraria al art. 24 CE. Ciertamente se trata de un procedimiento administrativo sancionador, ya que en estos casos la expulsión es “consecuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa” (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3), y por consiguiente le son aplicables los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentren en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE” (desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2), entre ellos el que proscribiera cualquier indefensión [SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3 a)].

Ahora bien, la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica per se la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, **ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria**, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 8; 335/1994, de 19 de diciembre, FJ 3; 130/1998, de 16 de junio, FJ 5; 85/2003, de 8 de mayo, FJ 11). Tal es el caso de los supuestos previstos en el art. 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, como ha quedado argumentado, con la consecuencia de que el plazo establecido en el art. 63.2 no pueda reputarse contrario al art. 24 CE.”

Como nos hemos permitido subrayar, la reducción de plazos debe ir en relación a una finalidad razonable y necesaria en relación a su vez con su “fácil apreciación o (...) especial gravedad”. Si bien el alto tribunal, de forma técnicamente discutible, incluye dentro de este ámbito de “especial gravedad” tanto infracciones tipificadas como simplemente “graves”, como aquellas tipificadas como “muy graves”.

Es indudable que esta sentencia se ha tenido muy en cuenta a la hora de redactar el nuevo art. 63, aunque a la vista del resultado final creemos que más en aras a evitar una posible impugnación o tacha de inconstitucionalidad que con el espíritu

de buscar una mejora técnica y una mayor claridad real. No obstante, no podemos evitar que nuestro comentario en relación a los supuestos en los que deberá o podrá aplicarse el procedimiento preferente tengan en cuenta esos parámetros de "*fácil apreciación o especial gravedad.*"

Respecto a la aplicación o no del procedimiento preferente deberemos diferenciar entre dos tipos de supuestos:

- a) aquellos en los que la aplicación de este procedimiento va a ser obligatoria, y
- b) aquellos supuestos en los que la aplicación de este procedimiento dependerá de otros factores paralelos (en la medida en que pueden ser constitutivos, pero no necesariamente, del fondo material del expediente).

4º.- Supuestos en los que la aplicación de este procedimiento será obligatoria, independientemente del resultado.

En el primer caso se encuentran supuestos de muy diferente naturaleza, y que tienen su regulación en artículos distintos, si bien dejamos su comentario en cuanto a la configuración material de los mismos al capítulo correspondiente:

a) Del artículo 53.1, que prevé las infracciones graves, se reserva para los apartados d y f). y del artículo 54.1, los apartados a) y b), añadiendo el supuesto del artículo 57.2

Desde un punto de vista de cuál debe ser la regulación reglamentaria, la configuración legal no deja mucho margen de interpretación, con lo que el reglamento tendrá poco margen de maniobra, no presentando mayor problema.

b) Supuesto de aplicación no obligatoria del procedimiento preferente, en casos de estancia irregular, e independiente del resultado. Relación con los motivos de internamiento previstas en artículo 61 y 62.

Contiene el segundo párrafo del punto primero del artículo 63, una expresión radicalmente distinta ("*será aplicable*") y con un espíritu por tanto de subsidiariedad o de excepcionalidad con respecto a lo que establecerá el artículo 63 bis como norma general, que será la instrucción de los expedientes sancionadores por la estancia irregular prevista en el artículo 53.1.a). Se prevé no obstante la posibilidad de continuar aplicando, pues esa ha sido hasta el momento la tónica y práctica general, el procedimiento preferente a estos supuestos, que no olvidemos constituyen la inmensa mayoría de los expedientes sancionadores que se instruyen y resuelven en nuestro país, al menos hasta el momento.

El problema de "*la decisión*" de qué procedimiento aplicar sigue presente, sólo que si antes el mismo se solventaba por la vía de que siempre se aplicaba el procedimiento preferente, aunque fuera posible aplicar el ordinario, quizá con la actual redacción la balanza, cuanto menos, se equilibre un tanto, y comencemos a ver, con mayor asiduidad, el procedimiento ordinario frente al comentado y mal llamado "preferente".

c) La posibilidad de aplicación se cifra sobre la base de la existencia de unos supuestos previos. El período de información previa.

La primera observación que resulta oportuna para un conocedor de la práctica habitual de las comisarías de policía, es que, tanto en un sentido como en otro, ello va a obligar a cambiar ciertos hábitos, puesto que antes de decidir qué procedimiento se ha de iniciar será necesario practicar, cuanto menos, "***un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.***", conforme establece el **artículo 69.2 de la LRJAAPPPAC**.

Este período de información no tiene por qué ser prolongado (piénsese que en muchos casos se habrá adoptado la detención del extranjero a efectos de identificación –LSC–), pero es importante que sea específico, y que las actuaciones o informaciones que en él se recojan sean debidamente diferenciadas, puesto que deberán recoger no ya "*la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*", sino la decisión de qué procedimiento adoptar cuando en ese mismo período de información se determine que el procedimiento se va a iniciar por una estancia irregular.

En estos momentos, la práctica en las comisarías es que este "*período de información*" se limitaba a pedirle al extranjero su documentación, y al comprobar, una vez detenido, que no se constata su documentación en ninguna base de datos, proceden a incoar el procedimiento preferente, haciendo mera alusión a esas actuaciones previas en el propio acuerdo de incoación (incluso en el preciso momento de la asistencia al extranjero en que se presenta el resguardo de solicitud y se le explica al instructor y secretario la existencia y aplicación de la propia Circular 8/07)⁵. La interpretación más extendida estimaba que tal proceder venía obligado por el artículo 130 del RELOEX, cuya legalidad fue solventada por el Tribunal Supremo de la forma antes comentada, y que no cabía decisión alguna sobre el procedimiento a adoptar, por mucho que se dedujera del texto legal que hubiera casos de estancia irregular en los que cabría adoptar el procedimiento preferente y en otros casos no.

⁵ Circular de fecha 24 de abril de 2007 de la Dirección General de la Policía.

Sin embargo, a partir de este momento va a quedar definitivamente claro que existe esa decisión, y que además la misma se deberá fundar en la existencia de determinados supuestos de hecho, los cuales, por tanto, habrá que demostrar con alguna actuación previa, del tipo que sea. **La costumbre de iniciar el procedimiento directamente, sin mayor consideración que las correspondientes a la estancia regular o irregular del expedientado, debe desaparecer.**

Supuestos de hecho previos:

Pues bien, tres van a ser los supuestos de hecho sobre los cuales podrá fundamentarse la decisión de desplegar el procedimiento preferente en un caso de mera estancia irregular:

a) riesgo de incomparecencia.

b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.

c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Previamente haremos alusión al origen de estos tres conceptos, que se sitúa en los artículos de la **Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, en lo sucesivo “Directiva de Retorno”, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008)**, también conocida como Directiva de la Vergüenza.

El **artículo 7. 4 de esta Directiva** establece, en el marco de un artículo dedicado a establecer la obligatoriedad, como norma general, de que las resoluciones de expulsión no sean inmediatamente ejecutivas, sino de establecer un periodo de salida no forzosa o voluntaria, que *“Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días.”* De este artículo proceden el apartado a) riesgo de incomparecencia y el c) riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

El apartado b), que “*el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos*”, procede asimismo de la directiva, pero esta vez del **artículo 15. 1.a)**, que resultará muy clarificador, pues no se refiere a decisiones procedimentales o de fondo del propio expediente, sino a la posibilidad de dictar un internamiento como medida cautelar para la efectividad de dicho expediente.

Ello nos lleva a la siguiente conclusión: con arreglo a la Directiva, podrá adoptarse el procedimiento preferente, que conlleva la ejecutividad inmediata de la resolución, si existe riesgo de fuga -- que la ley va a llamar de incomparecencia, pero que deberá ser definida de acuerdo a la definición que la directiva da del riesgo de fuga en su artículo 3.g⁶,-- o si existe un riesgo para el orden público la seguridad pública o la seguridad nacional, pero no se prevé tal ejecutividad inmediata para los casos previstos en el apartado b) de evitar o dificultar la expulsión por parte del extranjero, que sí que será uno de los supuestos para poder adoptar el internamiento.

A la vista del contenido de la denominada Circular 1/2010 de la CGPyF parece necesario que el reglamento construya de la forma más explícita posible el concepto de “riesgo de incomparecencia-riesgo de fuga”.

El paralelismo con los motivos de internamiento

Otro paralelismo resulta enormemente llamativo, y entendemos que nos va a dar la clave interpretativa para solucionar este embrollo: es lo que se establece en el nuevo artículo 62 de la misma reforma, del que nos limitamos ahora a señalar lo siguiente:

- a) el párrafo 1 prevé como supuestos susceptibles de internamiento **los mismos supuestos que el artículo 63 prevé como susceptibles de aplicarse el procedimiento preferente.**

- b) En el párrafo segundo, **las circunstancias concurrentes que el juez habrá de valorar especialmente para adoptar el internamiento coinciden, si bien no literalmente, con los tres supuestos que justificarían el procedimiento preferente en un caso de estancia**

⁶ Artículo 3-definiciones -3.g -riesgo de fuga- *la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos en el Derecho y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse;(...*). El cambio de terminología que fue propuesto por esta Subcomisión de Extranjería para no utilizar conceptos penales en una materia que en España es meramente administrativa no puede conducir a una ampliación de los contornos de la definición. A la vista de la Circular 1/2010 de la CGPyF parece necesario que el reglamento construya de la forma más explícita posible el concepto de “riesgo de incomparecencia-riesgo de fuga”.

regular, y esta vez figuran expresamente los tres supuestos, pues en este caso la inclusión de la evitación o dificultamiento por parte del extranjero de los trámites sí que tiene la cobertura expresa del artículo 15.1.a) de la directiva.

Entendemos que se dan los elementos suficientes, desde el punto de vista estrictamente legal, como para llegar a una **conclusión cierta y definitiva**, elementos a los que habrá que añadir otros de carácter dogmático que más adelante expondremos:

la aplicación del procedimiento preferente en casos de estancia irregular debe estar ligada y supeditada únicamente a que se acuerde por parte del juez de instrucción el internamiento del extranjero, para, en caso de que no se dicte tal internamiento y por tanto el procedimiento continúe en libertad, éste sea por vía ordinaria.

Esta conclusión no es algo que aparezca con la debida claridad en el artículo 63, por lo que entendemos que **deberá ser el reglamento que se anuncia el que sitúe el acuerdo de petición de internamiento en el marco de las actuaciones previas, sólo una vez acordado el internamiento por el juez, y sólo para el caso de que así se acuerde, proceder a incoar el procedimiento como preferente**. También cabrá otra solución: la incoación del expediente en paralelo con la incoación del acuerdo de petición de internamiento, pero estableciendo que el procedimiento se regirá por los cauces del procedimiento preferente sí y sólo si se acuerda el internamiento, y por los cauces del ordinario si éste se denegare.

Ello tendría indudables ventajas para todas las partes implicadas, especialmente para la autoridad policial, que es así eximida de adoptar decisiones precipitadas sobre la base de elementos poco consistentes y traslada al juez, en una vista con intervención de letrado y fiscal y con práctica de prueba, la decisión del internamiento y la consecuente del procedimiento a seguir.

Esta vinculación entre internamiento y procedimiento preferente tiene además una justificación dogmática, frente a la actual concepción del procedimiento, que no debemos olvidar: en la medida en que el procedimiento preferente supone una radical minoración de garantías del procedimiento, por la vía no sólo de la reducción de plazos, sino del período de prueba, y sobre todo por la ejecutividad inmediata, y dado que, como hemos dicho antes, nunca cabe considerar ese tiempo de los procedimientos como algo disponible en aras de la comodidad o conveniencia de la autoridad administrativa, sólo cabe justificar tal reducción en los propios intereses y derechos del administrado. En aquellos casos en que el expediente se va a tramitar concurriendo una limitación del derecho

fundamental a la libertad de movimientos como es el internamiento, puede afirmarse que es por interés y conveniencia del extranjero el que el expediente se desarrolle con la máxima celeridad, a fin de aminorar en lo posible esa privación de libertad. Si no concurre esa privación de libertad, el resto de medidas cautelares que quepan adoptarse en aplicación del artículo 61 no justifican la aplicación del procedimiento preferente, por lo que este es improcedente, al menos en los casos de estancia irregular, dado lo taxativo de la redacción legal en el resto de casos.

La procedencia del procedimiento preferente

Esto nos lleva a hacer un breve balance de supuestos y a aclarar qué situación procede:

- En los supuestos que se incoe expediente por el artículo 53.1.f) y d), 54, a) y b) y 57.2, será decisión de la autoridad gubernativa si solicita o no el internamiento, con los mismos fundamentos que sirvan para el fondo del expediente, puesto que son identificables en cierta medida con los que pueden, pero no cabe decisión en cuanto a que el procedimiento deberá ser el preferente. Si el internamiento no se concede por parte del juez, ello no afectará a la continuidad de dicho procedimiento.

- En los supuestos en que se incoe expediente por el artículo 53.1.a), será decisión de la autoridad gubernativa si se solicita o no el internamiento, y a la hora de dirigirse al juez para pedirlo ya no bastará con decir, como hasta ahora, que se ha incoado un expediente por estancia irregular, sino habrá que justificar fundamentos de hecho distintos de los que sirvan para el fondo del expediente, puesto que la estancia irregular no es identificable automáticamente con ninguno de los tres supuestos de hecho que pueden servir como fundamento para seguir el procedimiento preferente y para acordar el internamiento.

Si se acuerda, como así ocurre en la mayoría de los casos de los casos, **no solicitar el internamiento** para la tramitación, deberá acordarse en coherencia continuar el procedimiento por la vía ordinaria.

Si se acuerda solicitar el internamiento para la tramitación del expediente, deberá acordarse la continuación del expediente por la vía preferente sólo si se acuerda esa privación de libertad, y en caso contrario continuarlo por la vía ordinaria.

Si se acuerda solicitar el internamiento para ejecución de la expulsión, será sólo cuando se hayan superado los periodos de salida voluntaria, que será cuando haya habido un procedimiento ordinario.

Riesgo para la seguridad ciudadana.

Un último comentario merece la posibilidad de que se desarrolle un procedimiento preferente de expulsión, sobre la acusación de estancia irregular prevista en el artículo 53.1.a), pero que **la decisión de adoptar el procedimiento preferente se fije por la concurrencia del tercer supuesto**, es decir, el **riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional**. Son éstos conceptos jurídicos indeterminados de los que tanto gusta usar y abusar a la normativa sobre extranjeros, pero que han sido acotados por los tribunales otorgándoles su contenido concreto y material en consonancia y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

Ello nos lleva nuevamente a las ya citadas infracciones previstas en los artículos 23, 24 y 25 de la LO 1/92 de seguridad ciudadana, o a lo que es lo mismo, al artículo 53.1.f) y 54.1.a) de la misma LOEX. Por tanto, nos situamos en la siguiente contradicción: ¿es posible que un extranjero en situación irregular suponga un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, que justifique la necesidad de un procedimiento preferente, pero que sin embargo no incurra en ninguno de los supuestos de infracción de la ley de seguridad ciudadana, que suponga que se pueda desplegar el expediente, igualmente preferente, por la vía de la acusación de infracción de los dos artículos citados?. ¿En qué se está pensando?. ¿Y si no es posible, a qué entonces prever la posibilidad?.

Quizá la única explicación posible, la única diferencia apreciable entre uno y otro supuesto, sea que, si bien las infracciones de la ley de seguridad ciudadana hacen alusión a conductas concretas y personales, de las que es predicable sin ninguna duda el principio de responsabilidad personal, lo que pretende reservar el legislador es un instrumento inconfesable para poder expulsar con un procedimiento rápido, conciso, y expeditivo, a personas que -- independientemente de su actitud y conducta personal -- resulten simplemente "molestas", de forma que además tengan muy limitada, por no decir prácticamente eliminada, su posibilidad de defensa. Ello sería que a todas luces un fraude constitucional al que se pretende dar cobertura legal y en el que el Reglamento debe evitar caer.

El derecho a la asistencia letrada y de intérprete

En relación con el **derecho a la asistencia letrada y de intérprete**, con respecto a lo establecido a todos los procedimientos "*que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o a su expulsión del territorio español*" por parte del artículo 22.2 de la misma ley hace innecesaria la introducción por la ley de la

aclaración y sólo sirve para sentar confusión en quien entiende así que no procede tal derecho en el procedimiento ordinario. Por el contrario, si ya este artículo reconoce la asistencia letrada como derecho **en todos** los procedimientos, lógicamente y con mayor necesidad, en el preferente, pero asimismo también en el ordinario.

Sólo una cosa puede añadirse respecto a este artículo, y es que su reiteración se ha interpretado en ocasiones como especificidad, considerando así que **sólo** los expedientes incoados por el procedimiento preferente suponían el derecho a la asistencia letrada, derivando los supuestos que igualmente pueden llevar a la expulsión a un supuestamente más genérico concepto de asistencia jurídica gratuita, en el que dicha asistencia no se presta de forma efectiva, sino que queda al albur de una solicitud expresa, posterior a la incoación por parte del expedientado, y a que se conceda. Nos reservamos al comentario que más adelante haremos del artículo 63 bis dedicado al procedimiento ordinario para defender como en éste debe aplicarse el derecho a la asistencia letrada de igual manera que en el preferente, ambos bajo el paraguas del artículo 22.2, cuyo fundamento es que el expediente pueda llevar a la expulsión del extranjero del territorio español.

El plazo de 48 horas

El plazo de 48 horas procede de una concepción del procedimiento de expulsión diseñado en el marco de la vieja LO 7/85, en el que, como bien ha señalado el Tribunal Supremo en tantas sentencias, la concepción de éste no era la de un procedimiento sancionador, asentado en un elenco de infracciones, sino la de la aplicación de una medida administrativa a una serie de “causas”. En ese marco, las alegaciones que cabe presentar se limitan única y exclusivamente a discutir la existencia o no de la causa, siendo su desarrollo, las necesidades de tramitación y aportación de prueba, e incluso la argumentación que se despliegue en el correspondiente escrito, de una previsible simplicidad, y sin otras necesidades.

Sin embargo, la concepción de un procedimiento para la aplicación de una sanción a una infracción personal y culpable, que es la que se recoge en la LO 4/00, incluso a lo largo de sus reformas, es una concepción mucho más compleja y abierta, y en la que un plazo tan exiguo como el señalado para el procedimiento preferente resulta absolutamente inadecuado.

La concepción propia de un sistema de infracciones y sanciones incluye no sólo la consideración de la existencia o no del supuesto definido por el tipo infractor, sino toda una serie de elementos colaterales que en el marco de un procedimiento en el que se va concluir la imposición de una sanción proporcionada a una determinada conducta contemplada en todo su contexto, cobran enorme importancia, y que se

expresan en la propia ley de extranjería en el artículo 55. 3 y 4, y en todo el título IX de la LRJAAPPAC.

Dicho de otra manera, si las alegaciones únicamente cabe limitarlas al hecho concreto relativo a si se tiene o no se tiene permiso de residencia, puede entenderse que el plazo se limite a 48 horas, pero en los años que llevamos de aplicación de las distintas leyes de extranjería se ha visto como resulta enormemente trascendente para la decisión en la que debe concluir el expediente aspectos como: los medios de vida, las relaciones familiares, el arraigo social, los intentos anteriores por regularizar la situación, etc, súmesele a ello una casuística interminable de situaciones tales como: si la detención se produce fuera de la provincia donde vive el detenido, si es fin de semana, la negativa por parte de los agentes actuantes (instructor y secretario) a facilitar los números de teléfonos en la terminal del detenido, e incluso si se deja detenido para presentarlo a internamiento por la existencia de un anterior decreto, y ello situándonos sólo en la estancia irregular.

Por lo tanto, se hace casi imposible poder tener toda la documental o testifical necesaria para poder realizar una correcta asistencia y defensa, que en resumidas cuentas, se traduce en el respeto al derecho a una tutela judicial efectiva.

Si, como tantas veces se ha encargado de subrayar el Tribunal Supremo, y si es cierta la intención del legislador de tener en cuenta el principio de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, resulta prácticamente imposible en tan sólo 48 horas poder exponer unas alegaciones que abarquen todo ese elenco de factores, sobre todo si se pretende que esas alegaciones vayan además acompañadas de la oportuna prueba documental, y no sólo de propuestas de prueba que a buen seguro y en un abrumador porcentaje de casos serán rechazadas, con criterios bien distintos de los de la pertinencia o impertinencia de esa prueba, en el marco descrito.

Nada obliga en las leyes generales administrativas a que haya un principio de prueba tasada, o cualquier otra limitación a la práctica de prueba en los procedimientos administrativos. Sin embargo, no es menos cierto que la dinámica administrativa ha llevado a una especie de limitación de facto únicamente a la prueba documental.

El trámite de alegaciones

El artículo 63.5 establece cuál será la dinámica de desarrollo de expediente preferente después de la notificación de la incoación. Se abren distintas posibilidades a considerar:

- a) la no presentación de alegaciones,
- b) la presentación de alegaciones en las cuales no se proponga práctica de prueba alguna, en el bien entendido de que la aportación de una prueba documental supone la propuesta de la recepción de esa prueba,
- c) la presentación de alegaciones en las cuales se proponga la practica de algún tipo de prueba.

Como vimos en párrafos anteriores, los intentos del actual RELOEX de moderar la contundencia en que había quedado la redacción del artículo 63 tras la anterior reforma habían diferenciado estos presupuestos, con diferentes consecuencias procedimentales, que se correspondían de la siguiente manera:

- a) la incoación pasa automáticamente a ser propuesta de resolución,
- b) la incoación puede pasar a ser automáticamente propuesta de resolución, según decisión del instructor, que deberá motivar siquiera someramente y
- c) la incoación no puede pasar automáticamente a ser propuesta de resolución, sino que debe mediar una apertura de trámite de audiencia en el cual se explique al expedientado si se ha admitido o no la práctica de prueba propuesta, motivación de por qué no se ha admitido en su caso, y valoración de la practicada.

La práctica administrativa que se ha desarrollado en las comisarías ha hecho una absoluta dejación e incumplimiento de estos parámetros, de forma que en un porcentaje aplastante de casos, la dinámica ha sido única y exclusivamente la siguiente: independientemente de que se presentarán o no alegaciones, siempre se consideraba la incoación transformada en propuesta automáticamente, y como mucho, mediaba una diligencia interna en el expediente administrativo, de la que no se daba traslado al expedientado y que sólo la conocía, si es que llegaba a conocerla, en la fase jurisdiccional del recurso contencioso administrativo, y en la que se utiliza una fórmula rutinaria del tipo *"han sido interpuestas alegaciones, las cuales se estiman improcedentes porque no desvirtúan el hecho de la carencia de permiso"*.

Por esta razón, no podemos entender que el texto del apartado 5 de este artículo 63 se limite a reproducir fórmulas pasadas que han demostrado su ineficacia. Resulta patente que la práctica de la prueba en los procedimientos sancionadores de extranjería ha sido tradicionalmente despreciada, debido a una concepción

excesivamente cerrada y concentrada únicamente en el hecho sancionable, y aún en una visión enormemente sesgada de este.

Hubiera sido deseable por tanto que la reforma hubiera aprovechado la oportunidad para reafirmar las garantías inherentes al propio procedimiento administrativo, y más aún en el marco de un procedimiento especial como es el preferente en el que los plazos se acortan tan radicalmente y en el que además, la situación del expedientado se verá limitada con tanta frecuencia por muy severas medidas cautelares, tales como la privación de libertad, y que comentamos en su momento.

Queda por tanto, como última oportunidad, la de que el futuro Reglamento de desarrollo de la ley, en el que se recojan las especificidades de esta reforma, salve el procedimiento preferente como verdadero procedimiento, y no permita que el mismo sea, como ciertamente lo ha sido hasta ahora, una mera parodia de lo que debe ser un procedimiento administrativo sancionador seriamente concebido y desarrollado.

El art. 63.6:

Por otra parte, debe ser otro evidente error de la reforma el situar este apartado en el procedimiento preferente. El viejo contenido de este apartado que implicaba tan sólo un cambio de procedimiento del preferente al ordinario, lo que explicaba su desarrollo en el marco del procedimiento preferente.

Sin embargo, ya no tiene sentido el considerarlo dentro de este artículo, y hubiera sido preferible, si no derogarlo, incluirlo en el marco del artículo siguiente relativo al procedimiento ordinario o en un artículo aparte que abarcara ambos procedimientos. De hecho, hace referencia a dos supuestos, las letras a) y b) del artículo 53.1 de los cuales uno de ellos sólo en algunos casos se instruirá por el procedimiento preferente, y el otro siempre se deberá instruir por el procedimiento ordinario.

El legislador ha preferido mantenerlo, con dudoso criterio, en un lugar que es heredero del anterior, pero que ya carece de sentido.

Los razonamientos que daba la jurisprudencia antes mencionada siguen siendo validos, es decir, no cabe exigir responsabilidad, por el procedimiento que sea, a quien está haciendo lo posible por subsanar su situación irregular, y menos cuando se le exige esa responsabilidad precisamente durante el proceso de subsanación. Se eliminan los cambios de procedimiento, puesto que si ya de entrada el preferente será el ordinario, no caben esos cambios. La continuación del

procedimiento, tras una suspensión a la espera de que la posible regularización o arraigo sea concedido, planteará más problemas que el inicio de un nuevo procedimiento.

¿Será ese período de suspensión computable a efectos de caducidad? Entendemos que si, puesto que en ningún caso será atribuible a la responsabilidad del administrado, pues esa suspensión durará lo que la Administración quiera, y no menos.

En todo caso, la eventual denegación a la que se hace alusión, lo que supone, si se continúa el expediente por el cual se acusa de estancia o trabajo irregular a alguien que ya a pedido que esa estancia y trabajo se regularicen, es la retroacción a ése momento de la incoación del expediente y ello con un nuevo trámite de audiencia que permita al extranjero defenderse de la nueva situación creada por la denegación del expediente de regularización que ya tenía iniciado.

Debería además depurarse claramente la posibilidad de motivaciones cruzadas, es decir, y constatada la mala costumbre de las distintas oficinas de extranjeros de dejarse vincular por informes policiales manifiestamente mal fundados, la posibilidad de que se denieguen expedientes de arraigo iniciados antes de la incoación del expediente sancionador, debido únicamente a la existencia de ese expediente sancionador. Algo que la experiencia nos ha demostrado como tristemente muy probable.

Resulta absurdo además que la redacción se limite a las solicitudes de regularización articuladas a través del artículo 31.3 de la Ley pues puede haber otras, como el matrimonio o el establecimiento de pareja de hecho con un comunitario, que un progenitor del que se depende o el cónyuge adquiera una nacionalidad comunitaria, o cualquiera de los supuestos previstos el RD 240/07, no sólo de supuestos de acceso al estatus de residente comunitario, que pueden llevar a la regularización de un extranjero. Todos esos casos, tan fácilmente previsibles, deberán recogerse por analogía dentro de este precepto, y puede hacerse por tanto en el Reglamento.

La ejecutividad inmediata consagrada por este apartado relaciona directamente el procedimiento preferente con el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva de retorno, en el que se prevé *como posibilidad excepcional* el que las expulsiones se practiquen rompiendo el principio general administrativo de facilitar el cumplimiento previo voluntario antes de proceder a la ejecución forzosa.

En dicho artículo de la directiva son tres los supuestos para los que se reserva esa ejecutividad inmediata:

- **“Si existiera riesgo de fuga”**, con lo que queda sentada la tesis de que el *“riesgo de incomparecencia”* que justificaba en el apartado 1.a) la aplicación del procedimiento preferente, debe ser considerado sinónimo a éste riesgo de fuga, con la limitación que establece la directiva, en su definición del artículo 7.3 como: *“la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse”*.⁷

- **“si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta”**. Este supuesto se recoge en nuestra legislación no como un expediente sancionador de ejecución inmediata, sino en la forma de la inadmisión prevista por la D.A.4ª de la LOEX, tras la cual, a diferencia de otras resoluciones que se sigue tras la prosecución del correspondiente expediente, no se establece ningún período de posible salida voluntaria, llamado de salida obligatoria, y previsto en estos momentos en el artículo 158 del RELOEX.

- **Si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional**. Esta previsión de la directiva viene acogida por la obligación de instruir por el procedimiento preferente, con ejecutividad inmediata, aquellas infracciones que se definen por esos mismos parámetros. Ya hemos comentado nuestra extrañeza de que se pretenda incluir dentro de este parámetro a personas a las que, sin embargo, no se les puede acusar más que de una estancia irregular.

Asimismo se ha comentado cómo la directiva no prevé la ejecutividad inmediata para casos de evitación del expediente, pero sí que prevé el internamiento para estos casos.

5º. Problemas de la conciliación entre la inmediatez de la ejecución y el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷ Durante la redacción del presente artículo se han conocido unas notas del Ministerio del Interior – que no adoptan la forma de circular, ni de instrucciones, ni ninguna otra definida -- en la que se insta a las distintas comisarías de policía a considerar como riesgo de incomparecencia, *“se dará en aquellos mismos supuestos que los indicados anteriormente para que el juez autorice el internamiento, como son por carecer de domicilio o de documentación identificativa, carecer de ingresos o medios económicos, o de vínculos familiares.”* El ánimo excesivo que inspira este párrafo no se sostiene a la luz de la exigencia de la Directiva. Los criterios que señala ese texto, lejos de ser objetivos, no están definidos en ninguna ley, y sólo hacen suponer que un nacional de un tercer país pueda fugarse a aquel que lo supone de todo el mundo por el mero hecho de ser objeto del expediente. Esa *“instrucción”* debería ser prontamente corregida por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, bajo pena de imponer una práctica claramente contradictoria con el espíritu de la reforma, y aún el de la tan contestada Directiva de Retorno.

La inmediatez de la ejecución de una orden de expulsión ha dado lugar a un sinnúmero de abusos, por parte de algunos elementos de las Fuerzas de Seguridad del Estado, que en un malentendido celo por la eficacia, han utilizado los mecanismos legales de modo y forma que han dificultado o impedido gravemente el ejercicio de la tutela judicial efectiva. Las prácticas de notificar la orden de expulsión prácticamente en la escalerilla del avión, o en días y horas judicialmente inhábiles, para impedir así la posibilidad de que el extranjero interpusiera un recurso contencioso administrativo contra la orden de expulsión, con la petición de una medida cautelarísima urgente de las previstas en artículo 135 de la LJCA hicieron al Consejo General del Poder Judicial dictar el conocido acuerdo por el que en esos casos cabe instar la mencionada cautelarísima del Juzgado de Guardia.⁸

Con esos antecedentes, sorprende que el apartado 7 de este artículo continúe siendo tan parco y conciso. Hubiera sido mucho más saludable haber incluido en este apartado algún elemento moderador que contribuyera a evitar las mencionadas prácticas irregulares y que por otra parte contribuyera al respeto del conjunto de derechos del extranjero sujeto a un expediente de expulsión a conocer qué se hace de su persona. Paralelamente a la ejecución inmediata, debiera haberse obligado a la autoridad gubernativa a la notificación inmediata de la resolución, no permitiendo a aquella a acogerse al plazo de 10 días de notificación que establece la LRJAAPPAC (art. 58.2). Todavía existe la posibilidad de que reglamentariamente se imponga esa obligación, o se reconozca el derecho del interesado o su abogado a ser informado de detalles sobre la ejecución de la que va a ser objeto, tales como momento y previsión de fecha y hora, que ni están reñidos con esa inmediatez ni en un marco ordinario harían otra cosa que contribuir a evitar situaciones indeseables de urgencia y actuaciones judiciales tan excepcionales como las que hoy día nos vemos obligados a seguir.

IIIª. RESPECTO AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO DEL ARTÍCULO 63.BIS:

Lo primero que llama la atención del artículo 63 bis es su propia existencia, es decir, el porqué, en el marco de una ley orgánica, de introducir determinadas precisiones procedimentales que parecerían más propias de un reglamento. Sin embargo resulta oportuno que la ley las desarrolle, por diversas razones:

En primer lugar, la introducción del procedimiento ordinario conviene que sea con el mayor rango, dado que deberá romper una inercia, una costumbre de mucho

⁸ Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2007 ha atribuido a los Juzgados de guardia la competencia para adoptar medidas cautelarísimas en el ámbito del Derecho de extranjería, cuando éstas son pedidas en horas o días inhábiles, dicho acuerdo modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones

tiempo, de utilizar en la práctica únicamente el procedimiento preferente, como así ha sido desde el año 1985, y con la única salvedad de la vigencia de la ley del año 2000 antes de su primera reforma por la LO 8/2000, si exceptuamos las escasas ocasiones en que se ha pretendido expulsar a un comunitario, o las asimismo escasas ocasiones en que la aplicación del artículo 57. 2 no resultaba concomitante con una estancia irregular. En estos últimos casos la costumbre, bastante impropia, era que aquel procedimiento preferente ejerciera una suerte de vis atractiva, y se tramitara todo a su través. La inclusión en la ley confiamos le de la fuerza necesaria, la carta de naturaleza, que la presencia en el RELOEX no supo o no pudo darle, pues ni siquiera la promulgación de ésta norma, así como su precedente, que ya desarrollaba profusamente un procedimiento ordinario, han servido para que las comisarías de policía prefirieran una aplicación mas garantista de las normas antes que su propia comodidad, y aún incluso después de la difusión y conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que llevó a algunas comisarías a instruir expedientes directamente de multa por estancia irregular, aun en esos casos se seguía inadecuadamente el procedimiento preferente. No obstante, es cierto que en esta tendencia ha tenido mucha importancia la redacción del artículo 130 del RELOEX, que excediéndose de lo que establecía la ley, convertía el procedimiento preferente en obligatorio para los supuestos en los que la acusación fuera de estancia irregular. Ya hemos comentado respecto al artículo 63 cómo la regulación de éste deja todavía demasiadas puertas abiertas para la continuidad de esas inercias, y que es probable que sigamos viendo una aplicación abusiva del procedimiento preferente, pese a la presencia, en el propio texto de la ley orgánica, del procedimiento ordinario.

En segundo lugar, lo que hace este artículo no es propiamente establecer los pasos o protocolos propios de un procedimiento, como corresponderá al reglamento que desarrolle la ley, y respecto a los cuales seguirá siendo de aplicación la Sección Primera del Capítulo II, Título X, artículos del 122 al 129, del actual RELOEX, así como las normas del Capítulo III que les sean aplicables. No es previsible que el nuevo reglamento que la reforma anuncia vaya a modificar sustancialmente el régimen establecido en el actual RELOEX, dado que, salvo el juego de elección de procedimientos que marcan los artículos 122 y 130, el resto no entra en contradicción con lo que viene añadir la reforma. Lo que el artículo 63 bis hace es precisar una serie de principios materiales específicos que deberá cumplir el procedimiento ordinario para aquellos casos en que ese procedimiento termine con una resolución de expulsión, cosa posible, debido al amplio elenco de infracciones que son susceptibles de sufrir tan grave sanción -- la máxima que prevé el sistema --, pero para nada necesaria, ni, diría más, conveniente, al menos sí hacemos caso de la invocación que se hace del principio de proporcionalidad tanto en la exposición de motivos como las declaraciones publicadas que han acompañado la promulgación legal.

En tercer lugar, debe precisarse que esos principios materiales a los que aludimos proceden de la Directiva de Retorno, sobre todo de su artículo 7. De esa manera, se utiliza el cauce de ley para incorporar los mandatos de esta directiva en relación al plazo de cumplimiento voluntario de las órdenes de expulsión, posible prórroga del mismo y posibilidad de medidas cautelares durante su transcurso. Se ha considerado más adecuado conceder este plazo en todos los casos, y no sólo a petición del expedientado, como posibilita la Directiva, y el plazo es el mismo que se establece en la norma europea, dado que no parece que su redacción permita variarlo, a salvo de los supuestos extraordinarios, llamados, para mayor claridad, “circunstancias concretas”. A pesar de ello, la ley no incluye expresamente otras garantías procedimentales, que sí que se establecen en la Directiva. Nos referimos a las previsiones del artículo 12, que obligan a proporcionar “previa petición, una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones relativas al retorno”. Probablemente se considera cumplida esta exigencia con el derecho a intérprete reconocido en el artículo 22. 2, cuya vigencia en el procedimiento ordinario comentaremos en relación a la asistencia letrada.

Derecho a asistencia letrada en el procedimiento ordinario.

La previsión específica que se hace en el artículo 63 del derecho de asistencia letrada en el procedimiento preferente ha llevado en ocasiones a interpretar, en algunas comisarías, que el procedimiento ordinario no conlleva ese mismo derecho. Ya hemos comentado en su apartado correspondiente como aquella redacción procede de los precedentes de la ley de 1985, en la que no existía un reconocimiento general del derecho a la asistencia letrada “*en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español*”, y en la que el reconocimiento del derecho únicamente en el procedimiento preferente suponía el no reconocimiento del derecho a esta asistencia en el ordinario. Sin embargo, la introducción de ese texto en el artículo 22, el cual aparece en la ley en su primera redacción del año 2000, hace que el resto de interpretaciones, en las que en el mejor de los casos, se permite al extranjero que se dirija al colegio de abogados a pedir expresamente la designación de un abogado de oficio, y que por tanto excluyen la asistencia efectiva y presencial de un abogado en el momento de la notificación de la incoación del expediente, son contrarias a ese artículo 22, a cuyo comentario en esta misma publicación nos remitimos. El fundamento de esa asistencia no es el hecho de que el extranjero esté o no detenido, sino el que el procedimiento pueda llevar a la expulsión o devolución. Por tanto, el que el artículo 63 bis no prevea expresamente el derecho a asistencia letrada, como sí lo especifica el artículo 63, no afectaría a la vigencia y aplicación al procedimiento ordinario del derecho y correspondiente obligación que se establece en el artículo 22.2.

Esta es además la interpretación más conforme a los derechos fundamentales, y la única que puede hacer efectiva en la práctica el otro derecho reconocido tanto en el artículo 22 como en el artículo 12 de la directiva, que es el derecho a intérprete o traducción. Este derecho no es más que una concreción del derecho constitucional a ser informado de la acusación de forma que se pueda comprender y sólo la presencia efectiva del abogado lo garantiza, puesto que en caso contrario, el extranjero sólo puede interpretar que la policía le da un papel, y si ni tan siquiera nos aseguramos que entiende de qué se trata, no podemos dejarlo al albur de que decida ir a que se lo traduzcan y después a por un abogado para que le defienda.

La redacción, aparte de la propia denominación como ordinario, no deja lugar a dudas de la naturaleza principal de este procedimiento, y por tanto la naturaleza excepcional o especial del preferente. En los casos de duda sobre qué procedimiento aplicar, casos que serán muy frecuentes sobre todo si tenemos en cuenta que el grueso de la cuestión gira y seguirá girando en torno a la infracción de estancia irregular de la artículo 53.1.a), el procedimiento que debe aplicarse es por tanto el ordinario.

63 bis.2: Este apartado comienza con una redacción más correcta, en la que se da a entender que del procedimiento ordinario pueden salir muchas sanciones distintas, una de ellas la expulsión, e introduce el principio, de carácter general pero tan escasamente aplicado en el derecho de extranjería, de facilitar el cumplimiento voluntario, y aún incentivarlo, de manera previa a los mecanismos de ejecución forzosa que quepa desplegar. Como ya se ha dicho, el plazo que se establece es el mismo que procederá según la Directiva, pero hubiera sido muy saludable que se hubiera referido algún criterio a seguir para fijar el plazo entre los siete días de mínimo y los treinta de máximo, dado que la variación es considerable. A falta de un criterio legal, y dada la interdicción de la arbitrariedad de los actos públicos, habrá que entender que, salvo constancia expresa y motivada de razones de peso que puedan aconsejar una reducción, y cuya naturaleza habrá que dejar se determine en el análisis de la casuística que irá surgiendo en la realidad, el plazo a aplicar con carácter general será el máximo. No está de más señalar el momento a quo de comienzo del plazo en el de la notificación. Surge la duda de si la ley pretende que sea desde ese mismo instante, terminando a la misma hora del día correspondiente, o si se debe aplicar la norma general del artículo 48 de la LRJAAPPPAC de comenzar a contar el plazo a partir del día siguiente de la notificación, y terminar de contar a las 24 horas del último día. Teniendo en cuenta las consecuencias del transcurso del plazo, previstas en el artículo siguiente, conviene aclarar éstos extremos, a lo cual esperamos contribuya el futuro reglamento. En caso contrario, la duda, ya se sabe, debe resolverse de la forma más favorable a los derechos fundamentales.

De la Directiva viene impuesta la posibilidad de prorrogar ese plazo, en supuestos para los que se hace una relación meramente ejemplificativa, no cerrada, sino abierta a cualquier otra que no sea estar “a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales”

Concurren distintos conceptos jurídicos con un grado de determinación muy diferente. Hablar de duración de la estancia o de vínculos familiares y sociales puede dar lugar a muchas interpretaciones que la casuística y la jurisprudencia irán aclarando. El reglamento no debe caer en la tentación de pretender cerrar esa relación que la directiva y la ley han dado abierta, aunque sí sería deseable que aclarara otros supuestos concreto en los que la concesión de la prórroga sea preceptiva y esté garantizada. Este sería el caso de tener a cargo niños escolarizados, y dado que ni la directiva de la ley han optado por establecer límites a estas posibles prórrogas, en este caso concreto entendemos que la prórroga deberá alcanzar toda la duración que le reste al curso escolar de los niños. A esa conclusión debemos llegar si se aplica el principio de interés superior del menor que viene establecido por su legislación específica.

3.bis.3: el artículo 7.3 de la directiva de retorno tiene su traslado o traducción en la ley mediante este apartado tercero, que remite a las medidas cautelares previstas en el artículo 61 y que se comentan en su apartado correspondiente. Queda clara la posibilidad de una pluralidad de medidas, frente a la redacción singular del artículo 61. Puesto que el artículo 7.3 de la Directiva, que da origen a este artículo, constituye una relación ejemplificativa y abierta, no cabe objeción al hecho de que las medidas cautelares que se prevén en nuestro ordenamiento sean mayores.

Aparece claramente reflejada la exclusión de internamiento como medida a adoptar durante el período voluntario, dado que sería absurdo privar de libertad a quien debe disponer de ella precisamente para poder cumplir el objetivo del plazo que se le concede. Claro que lo mismo podría decirse de la retirada de pasaporte, y mucho más de la posibilidad de detención cautelar, que entendemos queda incluida en la exclusión del internamiento. Sorprende por tanto que las “notas” remitidas por la Dirección General de la Policía contemplen expresamente la posibilidad de la detención durante el período voluntario de cumplimiento de la expulsión, puesto que además carece absolutamente de sentido. El Preámbulo de la ley dice al respecto que “se mejora la seguridad jurídica de los afectados, por estas medidas con la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión.”. Y no parece que suponga ninguna mejora para la seguridad jurídica ese período voluntario si el afectado puede ser detenido hasta 72 horas durante el mismo para asegurar el cumplimiento de la expulsión.

Corresponderá al reglamento desarrollar los detalles de este procedimiento ordinario. En estos momentos el RELOEX presenta una regulación muy mejorable

dado que a la diferenciación entre procedimiento preferente, ordinario, y un tercer procedimiento abreviado para infracciones leves, añade una farragosa diferenciación entre procedimientos de expulsión y procedimientos de multa. Estas diferenciaciones no deben afectar a los procedimientos. El papel del instructor, que es quien conduce el procedimiento, debe ser meramente propositivo, no dando nunca la idea de que de una decisión procedimental se deba deducir necesariamente una determinada sanción u otra, decisión que corresponde al órgano superior con plenitud de independencia, sólo limitado por la sanción propuesta como un máximo.

Debe tenerse en cuenta que, como ya decíamos sensu contrario respecto al procedimiento preferente, el procedimiento ordinario es la traducción adjetiva de una concepción abstracta de las infracciones y sanciones en el marco del derecho de la extranjería mucho más adecuada al derecho constitucional, al derecho administrativo general sancionador, y a la propia concepción de la ley, por la que estamos ante un sistema no de causas y medidas, sino de infracciones y sanciones. Si resulta vinculante la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo a través de un procedimiento con plazos suficientes para presentar alegaciones, para articular una oportuna práctica de prueba, y para abarcar toda la amplitud de aspectos que deben tenerse en cuenta, es el adecuado para poder tomar una decisión sancionadora tan trascendente para la vida de una persona como puede llegar a ser, incluso, su expulsión del país.

El procedimiento ordinario nace lastrado por muchos años de ignorancia en su aplicación, de prácticas y rutinas administrativas acostumbradas a otro procedimiento en el que el trabajo de los instructores y secretarios resultaba enormemente reducido por la brevedad, y dependerá por tanto no sólo de la carta de naturaleza que se le da en esta ley orgánica, o del desarrollo que el reglamento haga del mismo, sino de una voluntad política decidida por dar cumplimiento a un sistema más justo, aunque más costoso y complejo pero precisamente por serlo, que huya de fórmulas draconianas en las que la sanción máxima es la única respuesta del sistema a cualquier infracción. Deberán asimismo ser los jueces y magistrados quienes superen la imagen de impunidad que se ha aparejado a las infracciones de los procedimientos administrativos mediante una jurisprudencia a nuestro entender excesivamente laxa en la aplicación de nulidades de resoluciones por infracciones formales.